Die
Nichtigkeits-Erklärung
einer Aktien-Gesellschaft
nach dem neuen Handels-Gesetzbuch

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät der Landesuniversität Rostock

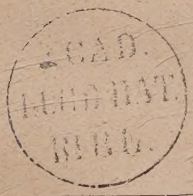
zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Henry Simonis

aus Hamburg



Rostock

Carl Hinstorffs Buchdruckerei

1901

Meinen Eltern

Disposition.

Einleitung.

Ausführung: 1. Die das Klagerecht auf Nichtigkeits-Erklärung begründenden Umstände.

2. Die Nichtigkeitsklage.

3. Die Nichtigkeits-Erklärung.

4. Die Folgen der Nichtigkeits-Erklärung im Einzelnen.

5. Die nachträgliche Beseitigung der das Klagerecht auf Nichtigkeits-Erklärung begründenden Umstände.

Anhang: Die Löschung einer Aktien-Gesellschaft als nichtig nach dem FG.

Schlußwort: Theoretisches Ergebnis.

Schluß: Kritik der behandelten Vorschriften.

Einleitung.

Die Lehre von der Nichtigkeit einer Aktien-Gesellschaft ist mit der Geltung des neuen Handelsgesetzbuches in ein anderes Stadium getreten.

Die bisherige Theorie (vor allem K. Lehmann, der dieser Materie zuerst eine ausführliche und gewichtige Behandlung in Iherings Jahrbüchern Bd. 33 S. 389—447 gewidmet hat) fand spezielle Bestimmungen im Gesetz nicht vor. Es galt also, durch Auslegung der übrigen Bestimmungen über die Aktien-Gesellschaft unter Zuhülfenahme der Grundsätze des gemeinen Rechts die Lehre zu entwickeln. Ob und welche Nichtigkeitsgründe es gäbe, war eine strittige Frage. Sie mußte nach eines jeden Verfassers dogmatischer Auffassung der Aktien-Gesellschaft und dem Werte, den er den einzelnen gesetzlichen Erfordernissen beimaß, verschieden beantwortet werden. Wer eine Nichtigkeit annahm, war für die Regelung ihrer Folgen vollkommen auf allgemeine Grundsätze des Handels- und gemeinen Rechtes angewiesen (siehe z. B. K. Lehmann § 7 seines cit. Aufsatzes, insbesondere S. 438—39).

Unsere neue Civilrechtsordnung hätte für diese Lehre schon deshalb eine Änderung gebracht, weil zur Ergänzung der aktienrechtlichen Bestimmungen nunmehr das BGB. statt des gemeinen Rechts hätte herangezogen werden müssen. Es kommt aber hinzu, daß unser neues Handelsgesetzbuch zur Frage der Nich-

tigkeit einer Aktiengesellschaft mit speziellen Vorschriften Stellung nimmt. Durch dieselben ist auch für die Dogmatik der Aktien-Gesellschaft nach deutschem Recht ein neuer Faktor gegeben, mit dem sie bisher nicht zu rechnen hatte.

Die Bedeutung dieser neuen Bestimmungen durch eingehende Interpretation und einen Versuch ihrer dogmatischen Einfügung darzulegen, ist der Zweck nachfolgender Abhandlung.

Ausführung.

HGB. § 309 besagt:

„Enthält der Gesellschaftsvertrag nicht die nach § 182 Abs. 2 wesentlichen Bestimmungen oder ist eine dieser Bestimmungen nichtig, so kann jeder Gesellschafter und jedes Mitglied des Vorstandes und des Aufsichtsrats im Wege der Klage beantragen, daß die Gesellschaft für nichtig erklärt werde."

Es erfolgt also eine Nichtigkeits-Erklärung einer Aktien-Gesellschaft als Urteil auf eine Klage, zu der unter gewissen Voraussetzungen gewisse Personen berechtigt sind. Die Materie ist geordnet durch Statuieren eines Klagerechts, einer actio.[1]

1. Die das Klagerecht auf Nichtigkeits-Erklärung begründenden Umstände:

Zuerst behandeln wir die Begründung des Klagerechts auf Nichtigkeits-Erklärung, verba HGB. § 309 „Enthält der Gesellschaftsvertrag nicht die nach § 182 Abs. 2 wesentlichen Bestimmungen oder ist eine dieser Bestimmungen nichtig, so kann . . . .".

---

[1]) Man kann den Paragraphen wie einen Satz eines prätorischen Edikts formulieren:

Si . . . . aut . . . . aut . . . . aut . . . . in statutis deesse aut nullum esse dicetur, a^em^ dabo. Hinzufügen müßte man freilich noch die gemäß diesem Ediktsatze dem judex jedesmal zu gebende formula:

Si paret . . . . . desse oder Si paret . . . . . nullum esse, judex condemna etc. Denn der Paragraph enthält zugleich eine solche Anweisung an den Richter, direkter als seine Generalanweisung, materielles Recht festzustellen und durchzuführen.

§ 182_2 bestimmt:

Der Gesellschaftsvertrag muß bestimmen:

1. die Firma und den Sitz der Gesellschaft;
2. den Gegenstand des Unternehmens;
3. die Höhe des Grundkapitals und der einzelnen Aktien;
4. die Art der Bestellung und Zusammensetzung des Vorstandes;
5. die Form, in der die Berufung der Generalversammlung der Aktionäre geschieht;
6. die Form, in der die von der Gesellschaft ausgehenden Bekanntmachungen erfolgen.

Eine dieser Bestimmungen[1] muß also im Gesellschaftsvertrag fehlen oder nichtig sein, damit das Klagerecht auf Nichtigkeits-Erklärung gegeben sei. Es handelt sich hier um Mängel des Gesellschaftsvertrages einer eingetragenen[2] Aktien-Gesellschaft, also nicht eigentlich um den Gesellschaftsvertrag, sondern um den durch die Einrichtung zum **Statut** gewordenen Gesellschaftsvertrag.

Bei der Zeichnungserrichtung sind Feststellung des Gesellschaftsvertrags (§ 182) und Errichtung (§ 196) klar ersichtlich. Bei der Gründererrichtung findet eine Errichtung eigentlich nicht statt. Die Gesellschaft „gilt" als errichtet (§ 188), wenn die Gründer alle Aktien übernommen haben. In Wirklichkeit vollzieht sich keine Errichtung, kein Gesamtheitsakt, der — um mit Gierke zu reden — über die Summe der Einzelnen das Gesamtgebilde erhebt. Das Gesetz sieht von einem solchen ab, weil er in einer Errichtungsverhandlung

[1]) Diese im § 182_2 aufgezählten Bestimmungen werden im Folgenden kurz als „betreffende" Bestimmungen bezeichnet werden.

[2]) Eine uneingetragene Aktien-Gesellschaft ist noch keine Aktien-Gesellschaft. — § 200_1. —

zweifellos zu Stande kommen würde. Denn daß die auf Schaffung einer Korporation hinzielenden Gründer als Aktionäre den Konstituierungsbeschluß fassen werden, ist selbstverständlich. Deshalb fingiert das Gesetz mit dem Schluß der Übernahmeverhandlung die Konstituierung als geschehen. Mit diesem Zeitpunkt ist der Gesellschaftsvertrag Statut.

Im Folgenden ist die Zeichnungserrichtung, wo das Errichtungsgeschäft vor Augen liegt, in der Hauptsache als Beispiel angeführt. Auf die Gründererrichtung wird nur hin und wieder eingegangen werden. Dort nämlich, wo die Anwendung der für die Zeichnungserrichtung gewonnenen Resultate auf die Gründererrichtung mit ihrer gesetzlich subintellegierten Errichtung nicht ohne Weiteres ersichtlich ist.

Es begründen also das Klagerecht auf Nichtigkeits-Erklärung **Fehlen oder Nichtigkeit einer betreffenden Bestimmung im Statut.**

Es genügt demnach nicht, daß eine „betreffende" Bestimmung im festgesetzten Gesellschaftsvertrage fehlte oder nichtig war. Eine Klage auf Nichtigkeits-Erklärung ist also z. B. nicht begründet, wenn im festgestellten Gesellschaftsvertrage (§ 182) eine „betreffende" Bestimmung fehlte, während die Lücke bei der Konstituierung (§ 196) z. B. durch Nachverhandlung oder Generalversammlungs-Beschluß ergänzt war. Das Entsprechende läge bei einer Aktien-Gesellschaft mit Gründererrichtung vor, wenn eine solche Lücke des festgestellten Gesellschaftsvertrages (§ 182) in der Übernahmeverhandlung ergänzt war. Sogar wenn alle „betreffenden" Bestimmungen im festgestellten Gesellschaftsvertrage z. B. wegen Geschäftsunfähigkeit der Gründer nichtig waren, ist dies zur Begründung des Klagerechts auf

Nichtigkeits-Erklärung nicht ausreichend, wenn die Errichtung ordnungsmäßig war.[1]

Vielmehr kommt es einzig und allein darauf an, daß eine „betreffende" Bestimmung fehlt oder nichtig ist in dem durch die Errichtung geschaffenen Statut.

Die erste Art der Begründung der a° nullitatis, das Fehlen einer „betreffenden" Bestimmung im Statut, bedarf keiner näheren Erläuterung. Es werden aber solche Fälle, selbst wenn es sich um nicht nach § 198, einzutragende „betreffende" Bestimmungen handelt, so gut wie nie vorkommen. Setzen sie doch stets Pflichtversäumnis, krankhafte Störung der Geistesthätigkeit oder dergl. beim Registerrichter voraus.

Ein Fall sei hier noch erwähnt: Sollte einmal bei einer Aktien-Gesellschaft mit Zeichnungserrichtung eine Errichtungsverhandlung überhaupt nicht stattgefunden haben, so ist der Gesellschaftsvertrag überhaupt nicht zum Statut erhoben. Ein Statut ist nicht vorhanden und alle „betreffenden" Bestimmungen fehlen.

Wichtiger ist die zweite Art der Begründung, die Nichtigkeit einer „betreffenden" Bestimmung im Statut. Denn es kann leichter zur Eintragung einer Aktien-Gesellschaft kommen, obwohl „betreffende" Bestimmungen im Statut nichtig sind oder nichtig werden können. Ist doch der Richter nicht verpflichtet und jedenfalls, zumal bei der Gründererrichtung, nicht im Stande, die materielle Gültigkeit und Unanfechtbarkeit zu kontrollieren. Auch schwieriger ist diese Begründungsart. Einerseits kann Nichtigkeit einer „betreffenden" Bestimmung auf den

[1]) Solche Mängel des Gesellschaftsvertrages sind für das Statut ebensowenig von Einfluß wie für das Gesetz das Fehlen eines Gesetzes-Paragraphen im Entwurf oder ein Vollmachtsfehler der den Entwurf ausarbeitenden und vorlegenden Kommission.

verschiedensten Gründen beruhen. Andererseits handelt es sich um Nichtigkeit von Teilen der Festsetzungen eines eigenartigen Rechtsgeschäftes. Der Konstituierungsakt ist nämlich kein Rechtsgeschäft von Einzelpersonen, sondern ein Gesamtheits-Rechtsgeschäft, das sich erst aus einer Reihe Einzelrechtsgeschäfte zusammensetzt. Dieses ist zwar nach den für jedes Rechtsgeschäft geltenden Grundsätzen des BGB. zu beurteilen, aber es ergeben sich, wie man sehen wird, doch einige Schwierigkeiten

An Stelle des Errichtungsgeschäftes tritt bei der Aktien-Gesellschaft mit Gründererrichtung das gesetzlich subintellegierte Errichtungsgeschäft. Das besagt: Es ist hier die Nichtigkeit von Statutbestimmungen danach zu beurteilen, ob dieselbe mutmaßlich vorhanden wäre, wenn am Ende der Übernahmeverhandlung ein Errichtungsbeschluß entsprechend dem bei der Zeichnungserrichtung stattgefunden hätte. Für den mutmaßlichen Ausfall ist die Übernahmeverhandlung der Stützpunkt.

Bei der Nichtigkeit einer „betreffenden" Bestimmung haben wir zwischen primärer und sekundärer Nichtigkeit zu unterscheiden. Die erstere trifft eine einzelne „betreffende" Bestimmung speziell oder alle „betreffenden" Bestimmungen in gleicher Weise. Bei der zweiten leitet sich die Nichtigkeit der übrigen „betreffenden" Bestimmungen erst von einem Mangel einer „betreffenden" Bestimmung her.

Wir behandeln jetzt die einzelnen Gründe der Nichtigkeit einer „betreffenden" Bestimmung:

Nach BGB. § 138 ist ein Rechtsgeschäft nichtig, wenn es gegen die guten Sitten verstößt. Findet sich bei dem Errichtungsgeschäft für eine einzelne „betreffende" Bestimmung speziell oder das Statut im Ganzen ein solcher Verstoß, so ist primäre Nichtigkeit eines oder einer jeden „betreffende" Bestimmung gegeben. Für den ersten Fall denke man etwa an eine unan-

ständige Firma im Statut einer Aktien-Gesellschaft zur Herstellung von Bedürfnisanstalten. General-Nichtigkeit würde vielleicht eintreten bei einem Statut einer Aktien-Gesellschaft zur Betreibung eines Bordells. Dann würde es sich um einen Verstoß hinsichtlich des gesamten Statuts handeln, nicht etwa nur hinsichtlich der Bestimmung über den Gegenstand des Unternehmens.

Nach BGB. § 134 ist ein Rechtsgeschäft nichtig, wenn es gegen ein gesetzliches Verbot verstößt. Eine Anwendung dieses Paragraphen würde Spezial-Nichtigkeit z. B. einer Bestimmung der Höhe von Namen-Aktien auf eine Summe unter 200 Mk. ergeben (HGB. § 180$_3$). General-Nichtigkeit träte ein, wenn z. B. das Statut einer Aktien-Gesellschaft für Sklavenhandel vorläge (Strfg. § 234, Ges. v. 28. 7. 95.). Auch in diesem Falle wäre nicht etwa die Bestimmung über den Gegenstand des Unternehmens speziell nichtig.

Mit diesem Nichtigkeitsgrund berührt sich ein anderer sehr nahe. Ein Rechtsgeschäft ist auch nichtig, wenn es den vom Gesetze für dasselbe aufgestellten wesentlichen inhaltlichen Erfordernissen nicht genügt. Hinsichtlich einer einzelnen Bestimmung würde dies beim Konstituierungsgeschäft der Fall sein, wenn z. B. eine Firma ohne die Bezeichnung Aktien-Gesellschaft bestimmt wäre (§ 20 verba „hat zu enthalten"). Hinsichtlich des ganzen Statuts aber ist das Konstituierungsgeschäft nichtig, wenn dasselbe hinsichtlich irgend einer „betreffenden" Bestimmung ein Mangel trifft. Denn die „betreffenden„ Bestimmungen werden im § 309 als ein dem Gesellschaftsvertrage, d. h. dem Statut, wesentlicher Inhalt bezeichnet. Fehlt also eine „betreffende" Bestimmung im Statut, oder ist eine solche aus irgend einem der schon angeführten oder noch

anzuführenden Gründe nichtig, so tritt sekundäre Nichtigkeit sämtlicher „betreffenden" Bestimmungen ein.

Ferner ist ein Rechtsgeschäft nichtig, wenn es hinsichtlich eines Teiles desselben nichtig ist, und nicht anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde (BGB. § 139). Ein Fall, wo auf Grund dieses Paragraphen primäre Nichtigkeit aller „betreffenden" Bestimmungen vorhanden wäre, ist z. B. folgender: Im Statut einer Lagerhaus-Gesellschaft ist bestimmt, daß die Inhaber der auf fünf Jahre unveräußerlichen Namen-Aktien für diese Zeit ihre sämtlichen Transitwaren in den Räumen dieser Gesellschaft zu lagern verpflichtet sind. Da es sich kaum um „wiederkehrende" Leistungen (§ 212) handelt, so ist eine solche Bestimmung unstatthaft. Hinsichtlich ihrer ist also das Konstituierungsgeschäft nichtig. Nun war aber das Unternehmen eine Konkurrenz gegen die staatlichen Lagerhäuser. Das Statut wäre ohne eine solche Bestimmung nicht konstituiert worden; daher liegt Nichtigkeit des ganzen Konstituierungsgeschäftes und damit aller „betreffenden" Bestimmungen vor. Andere Fälle treten ein, wenn Bestimmungen, die dem vom Gesetz vorausgesetzten Wesen der Aktien-Gesellschaft widersprechen (z. B. Statuierung persönlicher Haftung der Gesellschafter, vergl. § 178) bei der Errichtung als wesentlich betrachtet wurden.

Bei den aufgezählten Fällen hatte die Nichtigkeit im Inhalte des Geschäfts ihren Grund. Ein Rechtsgeschäft ist aber auch nichtig, wenn es der gesetzlich vorgeschriebenen oder rechtsgeschäftlich bestimmten Form ermangelt (BGB. § 125). Auf diesen Paragraphen wird man die Nichtigkeit eines Zeichnungserrichtungsbeschlusses gründen, der einer genügenden Mehrheit hinsichtlich Stimmenzahl oder Aktienbetrag entbehrte (§ 1964). Doch muß in diesem Falle eine Nichtigkeitserklärung

auf eine Anfechtungsklage nach §§ 271, 273 hinzukommen. Man könnte etwa noch eine Anfechtung wegen nicht ordnungsmäßiger Ankündigung mindestens 14 Tage vorher (§ 256 mit § 197) oder die Unterlassung der gerichtlichen oder notariellen Protokollierung (§ 259 mit § 197) hier anführen. Aber bei der richterlichen Leitung der Errichtungsversammlung werden diese Fälle in der Praxis noch seltener vorkommen als der erste. Hinsichtlich einer speziellen Bestimmung kann ein Formfehler des Konstituierungsgeschäftes nicht vorliegen, denn die Erklärung wird nur über den Gesellschaftsvertrag als Ganzes abgegeben. Höchstens kann es sich um einen Formfehler bezgl. des Inhalts einer einzelnen „betreffenden" Bestimmung handeln. Dieser muß fixiert vorliegen. Eine mündlich verabredete Statutbestimmung erkennt das Gesetz nicht an. Es ist aber m. E. nicht notwendig, daß jede „betreffende" Bestimmung gerichtlich oder notariell festgestellt vorliegt. Die Kautelvorschriften des § 1821 haben mit der Konstituierung nichts zu thun.

Neben Mängeln des Inhalts und der Form können drittens Willensmängel ein Rechtsgeschäft nichtig machen. Aus welchen Mängeln Nichtigkeit einer Willenserklärung eintritt, bestimmt das BGB. im allgemeinen Teil. Nach diesen Regeln ist auch die Willenserklärung bei dem Errichtungsgeschäft zu beurteilen. Nur erwächst bei der Behandlung desselben eine Schwierigkeit. Wir haben es mit der Willenserklärung einer Gesamtheit von Personen zu thun. Wann steht denn eine solche Erklärung unter nichtigmachenden Willensmängeln? M. E. trifft dies dann zu, wenn von den Einzelerklärungen, aus denen sich die Willenserklärung der Gesamtheit zusammensetzt, so viele unter solchen Willensmängeln leiden, daß der mangelfreie Rest zu einer gesetz- oder statuten-

mäßigen Gesamtheitserklärung dieses Inhaltes nicht ausreicht. Stehen einzelne Erklärungen unter Willensmängeln, die nur bei Anfechtung Nichtigkeit einer Willenserklärung herbeiführen, so muß die Anfechtung dieser hinzukommen. Auch solche Fälle, wo die Gesamtheit sichtlich der Ernsthaftigkeit ermangelte, oder nach einer Täuschung insgesamt sich widersetzte, dürften unter die ebengenannte Formel zu subsumieren sein.[1]

Unter den die Nichtigkeit einer Willenserklärung herbeiführenden Willensmängeln hat man allgemeine von speziellen zu unterscheiden. Ein allgemeiner Willensmangel, wie z. B. Geschäftsunfähigkeit, wird als durchgehender Nichtigkeitsgrund einer Gesamtheitserklärung nicht vorkommen. Man müßte schon an recht unwahrscheinliche Fälle denken, wie an den, daß bei der Errichtung einer Aktien-Gesellschaft so viele Minderjährige beteiligt gewesen wären, daß nach den obigen Ausführungen ein gültiger Konstituierungsbeschluß nicht erfolgt ist. Eher wird ein allgemeiner Willensmangel dadurch für die Nichtigkeit der Gesamtheitserklärung ins Gewicht fallen, daß er etliche dieselbe bildenden Einzelerklärungen nichtig macht. Nämlich dann, wenn andere allgemeine oder spezielle Willensmängel bei weiteren Einzelerklärungen hinzukommen.

Spezielle Willensmängel hingegen werden auch als durchgehender Nichtigkeitsgrund vorkommen. Je nachdem dieselben hinsichtlich einer „betreffenden" Bestimmung oder hinsichtlich des ganzen Statuts bei der Konstituierungserklärung vorliegen, ist nur die eine oder eine jede „betreffende" Bestimmung

---

[1]) § 139 BGB. bestimmt über die Geltung eines Rechtsgeschäftes, wenn dasselbe hinsichtlich einzelner Inhaltsteile nichtig ist. Hier aber handelt es sich darum, daß bei einem Geschäfte ein Teil der dasselbe seinem ganzen Inhalte nach begründenden Erklärung nichtig ist.

nichtig. Als Beispiele der ersten Art mögen folgende Fälle gelten:

Die Versammlung hat sich über den Inhalt einer Bestimmung geirrt. Die Versammlung bestand nämlich zum größten Teil aus ausländischen Kapitalisten, die aus ungenügender Kenntnis der deutschen Sprache eine „betreffende" Bestimmung mißverstanden. Eine Anfechtung von Einzelerklärungen ist in dem erforderlichen Umfange erfolgt. Es ist anzunehmen, daß die Erklärung bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles nicht so, wie geschehen, abgegeben wäre. (BGB. § 119).

Ein weiterer Fall liegt vor, wenn die Versammlung durch arglistige Täuschung zu einer viel zu hohen Festsetzung des Grundkapitals veranlaßt ist, und Anfechtung in genügendem Maße erfolgte (BGB. § 123 Abs. 1. Absatz 2 kommt nicht zur Anwendung, denn die Erklärung ist nicht einem Andern gegenüber abzugeben.)

Nichtigkeit des ganzen Statuts würde eintreten, wenn die Errichtungserklärung hinsichtlich des ganzen Gesellschaftsvertrages unter Einfluß einer widerrechtlichen Drohung zu Stande gekommen ist und genügend viele Einzelerklärungen angefochten sind (BGB. § 123).

Für die Anfechtung der Einzelerklärung ist BGB. § 143 Abs. 4 maßgebend.

2. Die Nichtigkeitsklage.

Liegt gemäß den obigen Ausführungen Fehlen oder Nichtigkeit einer „betreffenden" Bestimmung vor, so ist das Klagerecht auf Nichtigkeitserklärung begründet.

Klageberechtigt und aktiv zur Nichtigkeitsklage legitimiert ist jeder Gesellschafter, jedes Vorstands- und jedes Auf-

sichtsratmitglied (§ 309).[1] Zum Schutze gegen widerrechtliche Aneignung oder Erschleichung dieses Rechtes gilt die Strafbestimmung des § 318. Nach derselben wird ein Jeder, der eine fremde Aktie ohne Vertretungsmacht zur Ausübung dieses Rechtes benutzt, mit 1000 Mk. Geldstrafe belegt, wenn es ohne Einwilligung des Eigentümers (widerrechtliche Aneignung) oder mit Einwilligung gegen Entgelt (Erschleichung) geschah. Im letzteren Falle fällt der die Aktie vermietende Eigentümer der gleichen Strafe anheim.

Die Klage ist zu richten gegen die Gesellschaft (§ 272$_1$ mit 309 HGB.).

Für sie gelten folgende prozessuale Bestimmungen:

Die Vorschriften des § 272/3 für die Beschlußanfechtungsklage finden auf die Nichtigkeitsklage entsprechende Anwendung (§ 309 Schlußsatz). Hier wie so oft in unserer modernen Gesetzgebung hat man eine langwierige Regelung von Einzelheiten vermieden durch eine Legalanalogie. Es wird vorgeschrieben, daß die für ein Institut gegebenen Vorschriften für ein

---

[1]) Nach dem Vorentwurf und § 281 $_1$ und $_2$ des Entwurfs I war auch die Staatsbehörde zur Klage berechtigt. Doch ließ der Entwurf II auf allgemeine Angriffe der Kritik diese Bestimmung hier wie bei der Beschlußanfechtungsklage fallen. Aus der Kritik seien beispielsweise erwähnt: Beschlüsse des XXIII. Deutschen Handelstages Nr. 4 Abs. 2 (Verhdlg. S. 46). Referent war Rießer. Der Beschluß ward ohne Abstimmung angenommen. Ferner der Beschluß des XIII. Deutschen Anwaltstages Nr. 8 c (Verhdlg. S. 53). Referent war Staub, unterstützt von Rießer. Der Beschluß wurde mit großer Mehrheit angenommen. Ring in der D. J.-Z. Bd. I. S. 411—12. — Für die Klageberechtigung der Staatsbehörde war nur Gierke (G. Z. Bd. 45 S. 502 und in seinem Vortrag über den Entwurf II, S. 29), bei der Anfechtungsklage auch Dickel (Beitrag zur Kritik S. 79) und Wilke (Verhdlg. des XIII. Deutschen Anwaltstages S. 59). Merkwürdiger Weise hatte auch das Gutachten der Hanseatischen Handelskammern nichts einzuwenden (Gutachten S. 29).

anderes Institut mit den sich aus dem andersartigen Wesen des letzteren ergebenden Änderungen anzuwenden seien.

Sachlich und örtlich ausschließlich zuständig ist für eine Nichtigkeitsklage das Landgericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat (§ 272_2 mit § 309 Schlußsatz). Die Klage gehört vor die Kammer für Handelssachen, wenn eine solche bei dem betreffenden Landgericht besteht. (GVG. § 101_{3a} Unter den Begriff „Vorsteher" in diesem Paragraph fallen doch auch wohl die Aufsichtsratsmitglieder). Eine wesentliche Folge dieser Bestimmung ist die Unzulässigkeit der prorogatio fori (CPO. § 38, 39, 40 Abs. 2 Schlußsatz).

Vertreten wird in einem Nichtigkeitsprozesse die Gesellschaft abweichend von § 231_1 durch Vorstand und Aufsichtsrat (§ 272_1 mit 309 Schlußsatz). Letzterer vertritt die Gesellschaft allein, wenn „der Vorstand" selbst klagt. Dieser Fall tritt zwar bei der Nichtigkeitsklage anders wie bei der Beschlußanfechtungsklage (§ 271, Abs. 4 Anfang) nicht ein. Doch wird diese Vorschrift auch gelten, wenn das einzige Vorstandsmitglied für sich oder von einem Kollegialvorstand die Mehrheit als Streitgenossen nach CPO. 59 klagt. Wenn andererseits vom Aufsichtsrat die Mehrheit nach § 59 als Streitgenossen klagt, dürfte der Vorstand allein zur Vertetung befugt sein.

Die mündliche Verhandlung erfolgt nicht vor dem Ablaufe der im § 271_2 bezeichneten Frist. Mehrere Anfechtungsprozesse sind zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden (§ 272_2 mit 309 Schlußsatz).

§ 271_2 lautet: Die Klage muß binnen einem Monat erhoben werden.

§ 271_2 gilt für die Nichtigkeitsklage nicht. Es fragt sich, ob damit auch diese Bestimmungen des § 272_2 in Wegfall kommen. Dieselben dienen in Verbindung mit dem § 271_2 dazu, alle Anfechtungsklagen gegen einen Beschluß in einer Verhandlung zu erledigen. In entsprechender Anwendung ohne den § 271_2 werden sie diesem Zwecke nur sehr unvollkommen dienen. Denn es wird nur zur Verlängerung der Einlassungsfrist auf 4 Wochen führen. Dann würden die innerhalb dieser Frist gerade erhobenen Nichtigkeitsklagen zu gemeinsamer Verhandlung zu verbinden sein. Immerhin ist dies nicht ganz zwecklos. Denn die nach § 272_4 zu erfolgende Bekanntmachung der Klageerhebung in den Gesellschaftsblättern kann etwaige weitere Nichtigkeitsklagen hervorrufen. Für spätere Klagen würde eine entsprechende Anwendung insoweit eine Abschwächung des dritten Satzes im § 272_2 erfordern, daß die Prozesse zu verbinden seien, wenn es thunlich erscheint. Dieses geht immerhin noch weiter als der § 147 CPO. Aus der Wartezeit bis zur mündlichen Verhandlung ergiebt sich aber bei der Nichtigkeitsklage der neue Vorteil einer Heilungsmöglichkeit.[1]

Wenn ein Aktionär klagt (nicht, wenn ein Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied klagt), so kann die Gesellschaft den Antrag stellen, daß ihr wegen der ihr drohenden Nachteile von demselben Sicherheit geleistet werde. (§ 272_3 mit § 309 Schlußsatz).[2] Ob das Gericht diesem Antrag stattgiebt, liegt in seinem Ermessen.[3]

[1]) Vergleiche auch die lange Frist des FG. § 144_3; siehe unten Anhang.

[2]) Die Aktienhinterlegung fordert E. II nicht mehr, im Gegensatz u E. I § 248_3, der sich an Allg. HGB. A $190a_3$ anschloß.

[3]) Dies ist eine Neuerung der Fassung der Reichstagskommission gegenüber den Entwürfen I § 248_3 mit § 281_2; II § 264_3 mit § 300, die sich darin dem Allg. HGB. A $190a_3$ anschlossen.

Die Sicherheit ist für die der Gesellschaft drohenden Nachteile zu bestellen. Darunter versteht die Bestimmung nicht die Prozeßkosten, sondern die der Aktien-Gesellschaft aus der Nichtigkeitsklage hinsichtlich ihres Kredites und ihrer gesamten geschäftlichen Stellung evtl. erwachsenden Nachteile. Nicht hierunter fällt ein Kurssturz der Aktien. Dieser trifft direkt nur die Aktionäre, nicht die Gesellschaft als solche. Er ist nur Symptom ihrer verschlechterten Geschäftslage. Die Sicherheit kann verlangt werden ohne Rücksicht darauf, ob eine Ersatzpflicht jemals bestehen wird (vergl. unten S. 21 ff.) Es bildet dies eine große Kautel gegen Chikaneure und Spekulanten, die durch Anstellung einer Nichtigkeitsklage im Trüben fischen wollen, zugleich aber eine große Erschwerung der Klage. Deshalb ist es sehr richtig, daß vom Gericht die Bestellung nach freiem Ermessen angeordnet wird. Denn sonst würden minder kapitalkräftige Aktionäre von der Klage faktisch ausgeschlossen sein. — Der Antrag auf Sicherheitsleistung kann in jeder Prozeßlage gestellt werden.[1] — Art und Höhe der Sicherheit bestimmt das Gericht nach freiem Ermessen. Es ist also nicht an die Bestimmung von Geld oder Wertpapieren (vgl. CPO. § 108) gebunden, sondern kann z. B. auch Sicherheitsleistung durch Kostbarkeiten oder Bürgen anordnen. Wünscht die Beklagte höhere Sicherheit, so hat sie einen solchen Antrag zu stellen. (vgl. CPO. § 112_3). Schwindet der Wert der Sicherheit, so wird wohl § 240 § BGB. Platz greifen. Wird die Sicherheit durch Geld oder Wertpapiere geleistet, so findet BGB § 233 Anwendung. Ein Umtauschrecht nach BGB. § 235 steht dem Kläger nur dann zu, wenn er Geld hinterlegen will oder den Anforderungen des § 234_1 und § 234_3 ent-

[1]) Auch hier gilt die Anmerkung 3 der Seite 19.

sprechende Wertpapiere. Sonst bedarf es eines Umtauschantrages. — Giebt das Gericht dem Antrage (man beachte, daß dieser, wie schon oben betont, in jeder Lage des Prozesses gestellt werden kann) der Beklagten statt, so hat es dem Kläger eine Frist zur Leistung der Sicherheit zu bestimmen. Nach Ablauf dieser Frist ist auf Antrag der Beklagten, wenn auch bis zur Entscheidung die Sicherheit noch nicht geleistet ist, die Klage für zurückgenommen zu erklären. Ist über ein vom Kläger eingelegtes Rechtsmittel zu verhandeln, so ist in solchem Falle dasselbe zu verwerfen.[1] (CPO. § 113 mit HGB. § 272 3 vgl. § 309 Schlußsatz). Liegt aber der Gesellschaft mehr an einem definitiven Urteil, so kann sie den Prozeß auch weiterführen, selbst im Versäumnisverfahren (Litthauer zu § 272 c, aa mit Beleg).

Es scheint nicht unangebracht, an dieser Stelle auf die sich aus der Nichtigkeitsklage thatsächlich ergebenden Schadensersatzansprüche einzugehen: Nach BGB. § 826[2] ist jeder, der in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise der Gesellschaft vorsätzlich Schaden zufügt, zum Ersatze verpflichtet.[3] Hiernach wäre schadensersatzpflichtig, wer als Aktionär, Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied, Erschleicher einer Aktie (HGB. § 318) 2c. böslich eine Klage erhebt; gleichfalls, wer eine berechtigte Nichtigkeitsklage vorsätzlich zu einer für die Gesellschaft höchst nachteiligen Zeit oder nur zur Chikane

---

[1]) Die Regulierung in einer vom Kläger angerufenen Rechtsmittelinstanz entspricht schon nach den Entwürfen nicht dem A. 190 a, 3 Schlußsatz Allg. HGB.

[2]) § 823 BGB. kann man doch wohl nicht anwenden. Von einer Verletzung „des Lebens" einer Aktien-Gesellschaft, einer Verletzung ihres Rechtes auf ruhigen Bestand oder Ähnlichem zu reden, ist doch wohl etwas gewagt.

[3]) Nach demselben Paragraphen kann auch der einzelne Aktionär für Kurssturz seiner Aktien Schadensersatz verlangen.

(BGB. § 226) geltend macht. — Nach § 824 BGB. hat den verursachten Schaden zu erstatten, wer ein Fehlen oder eine Nichtigkeit einer „betreffenden" Bestimmung im Nichtigkeitsprozesse der Wahrheit zuwider vorsätzlich oder fahrlässig behauptet. Denn eine solche Thatsache ist geeignet, den Kredit der Aktien-Gesellschaft zu gefährden und auch sonstige Nachteile für ihren Erwerb herbeizuführen.

Haben Mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht, so haften sie jeder als Gesamtschuldner für den Schaden (BGB. § 830 Satz 1 mit § 840 1). Beispielsweise haften so mehrere Aktionäre, welche als Streitgenossen vorsätzlich eine unbegründete Klage anstellen. Anstifter und Gehülfen stehen Mitthätern gleich (BGB. § 830 2). Also haftet mit dem dolos klagenden Aktionär das Konkurrenz-Unternehmen, das sich seiner als Strohmann bedient und ihn zur Klage angestiftet hat. Als Gehülfe haftet der wissentliche Vermieter einer Aktie (vgl. § 318) oder der wissentliche Nebenintervenient.

Ferner bestimmt HGB. § 273 2, daß für einen der Gesellschaft durch unbegründete Anfechtung des Beschlusses entstehenden Schaden die Kläger, welchen eine böswillige Handlungsweise zur Last fällt, als Gesamtschuldner haften. Diese Bestimmung ist nach § 309 Schlußsatz auch bei der Nichtigkeitsklage entsprechend anzuwenden. Es wird also jeder Kläger ohne Sonderberechnung für den ganzen Schaden verantwortlich gemacht, aus welchen Gründen auch er den Beschluß anfocht und welcher Bruchteil des Schadens auch dem Einzelnen zur Last fallen möge. Diese Vorschrift ist nicht in dem § 830 1 Satz 2 BGB. enthalten. Denn es handelt sich hier nicht um *eine* unerlaubte Handlung, an der Mehrere beteiligt sind, sondern um lauter selbständige unerlaubte Handlungen. Dies

ist ein vortreffliches Mittel, von Anstellung derartiger Klagen abzuhalten. Denn der erste Kläger muß sich sagen, daß er für den von etwaigen Nachklägern angerichteten Schaden mit haften muß. Dasselbe hat der spätere Kläger zu bedenken bezgl. des von früheren Klägern schon angerichteten Schadens. Die Anwendung der erwähnten Vorschrift auf die Beschlußanfechtungsklagen, welche sämtlich in einer Verhandlung erledigt werden, ist klar. Wie aber soll man sie auf die zerstreuten Nichtigkeitsklagen anwenden? Es wird eine entsprechende Anwendung ergeben, daß als Gesamtschuldner haften alle diejenigen dolosen Nichtigkeitskläger, deren Klagen in einer Verhandlung geführt werden (vgl. oben S. 19) oder so aufeinanderfolgen, daß die durch sie zugefügten Schäden nicht zu trennen sind, sondern ineinander fließen. Da die Gehülfen und Anstifter nach BGB. § 830_2, § 840_1 als Mitthäter solidarisch mit dem Kläger haften, kommen auch sie in diesen Kreis. Auch solche, die nach BGB. 824 schon wegen Fahrlässigkeit haften, in den Kreis einzubeziehen, scheint mir zweckmäßig und nicht zu gewagt. Schon aus dem Gesagten wird zur Genüge hervorgehen, wie diese scheinbar nur aus dem alten HGB. (A. 190 b) herübergenommene Bestimmung neues Leben gewinnt im Zusammenhange unserer neuen Gesetzgebung. — Durch die erörterten Bestimmungen wird m. E. die Bahn gesperrt denjenigen, welche eine Nichtigkeitsklage aus der Luft greifen zwecks Schädigung des Konkurrenz-Unternehmens oder, um bei einem Kurssturz Gewinn zu erzielen.

Eine Bestimmung von prozessualer Wichtigkeit ist auch der § 272_4 (vgl. § 309 Schlußsatz), der dem Vorstande, auch wenn er einmal die Gesellschaft nicht (mit-)vertritt (siehe Seite 18), die Pflicht auferlegt, die Klageerhebung und den Termin zur mündlichen Verhandlung ohne schuldhaftes Zögern

(vgl. BGB. § 121) in den Gesellschaftsblättern öffentlich bekannt zu machen. Dadurch wird die Erhebung weiterer, mit der erhobenen zu verbindenden (siehe oben Seite 19) Klagen angeregt. Vor allem aber wird den Aktionären Gelegenheit geboten, nach § 66 CPO. dem Kläger oder, was besonders wichtig ist, der beklagten Aktien-Gesellschaft beizutreten.[1] Denn sie sind in einem Prozesse gegen die Aktien-Gesellschaft nicht Partei. Dasselbe gilt wohl auch für Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder, soweit sie nicht die Mehrheit ihres Kollegiums bilden; denn nur „der Vorstand" und „der Aufsichtsrat" sind Vertreter einer Partei. Ferner tritt durch die Bekanntmachung die Wirkung ein, daß die näheren Interessentenkreise einen Warnruf vor einer eventl. Auflösung der Gesellschaft erhalten. Dieses ist m. E. keineswegs wünschenswert, da Dritte durch § 311$_2$ geschützt sind. — Jetzt entsteht noch die Frage, wie dieser Absatz (272$_4$) entsprechend anzuwenden sei, wenn eine Bestimmung der Gesellschaftsblätter im Statut fehlt. Man wird dann ähnlich, wie im § 310 Schlußsatz, durch ein Einrücken in die Blätter des zuständigen Registergerichts helfen.

Das Urteil spricht die Nichtigkeits-Erklärung aus.

3. Die Nichtigkeits-Erklärung.

Um uns über die Natur derselben klar zu werden, wollen wir uns kurz die Bestimmungen vorführen, die das Gesetzbuch als Grundlage für die Konstruktion giebt. Dies sind die Folgenden.

1. § 273$_1$ mit § 309 Schlußsatz. Das rechtskräftige die Nichtigkeit erklärende Urteil wirkt für und gegen alle

[1]) Wann und wie weit ist die Intervention eine streitgenössische nach CPO. § 69? Beachte HGB. § 273, Abs. 1.

Aktionäre, auch wenn keiner von ihnen Partei war. Eine solche Ausdehnung der Rechtskraft über die Parteien hinaus war bei der Gestaltung der Nichtigkeits-Erklärung als Urteil auf eine Klage notwendig.

2. § 311$_1$. Nach der Eintragung der Nichtigkeit ins Handelsregister gelten die Vorschriften für die Auflösung einer Aktien-Gesellschaft analog. Es tritt also Liquidation ein. (§ 294).

3. § 311$_2$. Die Rechtsgeschäfte der Gesellschaft mit Dritten bleiben durch die Nichtigkeit unberührt.

4. § 311$_3$. Die Gesellschafter haben die Einzahlungen zu leisten, soweit dieselben zur Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeiten erforderlich sind.[1]

Wie soll man auf Grund dieser Bestimmungen die Nichtigkeits-Erklärung konstruieren?

Die von den Denkschriften zu den Entwürfen vertretene Theorie stellt die Nichtigkeits-Erklärung als rein deklaratorisch hin. Dieser Theorie haben sich fast alle

---

[1]) Der Vorentwurf hatte jedenfalls die Bestimmung 3 nicht, vgl. Rießer DJZ. Bd. 1 S. 157 oben. Wahrscheinlich fehlten alle Bestimmungen des § 311.

Der Entwurf I bestimmte:

1. wie das Handelsgesetzbuch.
2. wie das Handelsgesetzbuch; nur fanden schon von der Rechtskraft des Urteils an die Vorschriften über die Auflösung entsprechende Anwendung.
3. wie das Handelsgesetzbuch; nur lautete die Bestimmung dahin, daß durch die Nichtigkeits-Erklärung die Geschäfte mit Dritten nicht berührt werden.
4. wie das Handelsgesetzbuch; es wurden aber für den Ausfall die Gründer und soweit es sich um während ihrer Wirkungsperiode entstandene Verbindlichkeiten handelt, auch die Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder solidarisch haftbar gemacht.

Entwurf II lautete wie das Gesetz.

Schriftsteller meist ohne Kritik angeschlossen. Von Staub vor allem hat dieselbe eine feinere Durcharbeitung erfahren. — Hiernach stellt die Nichtigkeits-Erklärung einen schon wirksamen Zustand bindend fest. Eine Nichtigkeit, und zwar eine kinetische, wäre schon vorhanden. Der Hauptzweck der richterlichen Nichtigkeits-Erklärung bestände darin, die Abwickelung eines schon ohne das Urteil unhaltbaren Zustandes herbeizuführen.

Zweitens kann man der Nichtigkeits-Erklärung deklaratorisch-auslösende Wirkung beilegen. Dann würde sie einen schon vorhandenen, aber nicht wirksamen Rechtszustand in Wirksamkeit setzen. Eine Nichtigkeit wäre schon vorhanden, aber eine potentielle.

Eine dritte Theorie ist die der konstitutiven Natur der Nichtigkeits-Erklärung. Vielleicht ist Cosack ein Anhänger dieser Meinung (vgl. sein Lehrbuch 4. Auflage S. 615 verba: Die Gesellschaft besteht zu Recht). Doch kann man nach den kurzen Bemerkungen im Abschnitt VI Bestimmtes nicht sagen. — Dann würde dieselbe einen nicht vorhandenen Rechtszustand erst schaffen. Eine Nichtigkeit wäre nicht vorhanden, sondern würde erst durch das Urteil herbeigeführt werden.

Gegen die Theorie der Denkschrift lassen sich eine Reihe von Argumenten anführen:

Einmal stimmt sie mit dem Gesetz nicht überein. Wäre die Nichtigkeit schon von Anfang an rechtswirksam, so wäre es doch zum Mindesten inkorrekt, daß im § 309 von Gesellschaftern, Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern gesprochen wird. Alsdann gäbe es solche genau genommen nicht.

Vor allem aber sagt das Gesetzbuch nirgend, daß eine Gesellschaft unter den betreffenden Umständen nichtig wäre. Vielmehr sagt § 309 nur: Unter den betreffenden Umständen kann jeder Gesellschafter ꝛc. beantragen, daß die Gesellschaft für nichtig erklärt werde. Mehr ist den Gesellschaftsgliedern nicht eingeräumt; eine einredeweise Geltendmachung, die eine auch von der Denkschrift gezogene Hauptkonsequenz dieser Theorie ist, entbehrt jeglicher gesetzlicher Grundlage. Auch daß die ganze Regelung der Materie in Vorschriften über die Nichtigkeits-Erklärung besteht und von der Nichtigkeit kaum die Rede ist, kann man als Gegenargument anführen.

Vor allem aber fasse man diese Konstruktion einmal näher ins Auge! Unter den betreffenden Voraussetzungen soll eine Aktien-Gesellschaft von kinetischer Nichtigkeit betroffen werden. Jeder Aktionär kann die Gesellschaft als nicht bestehend betrachten und seine Einlagen verweigern. Der Vorstand braucht nicht zu arbeiten und keine Bücher zu führen; seine Bestellung ist ja ungültig, er hat ja auch gar keine Geschäftsführungsmacht. Entsprechend steht es mit dem Aufsichtsrat. Wenn aber der Vorstand einmal ein Geschäft schließt, ist dieses nach § 311_2 gültig! — Jetzt spricht der Richter die Nichtigkeit aus, das Urteil wird eingetragen. Wie ein Zauberschlag ruft dies die gesamten Vorschriften über Verfassung und Verwaltung der Gesellschaft für den Zweck der Auflösung konstitutiv ins Leben. Es macht den sogenannten Vorstand zum Vorstand ꝛc. Es schafft konstitutiv die Mitgliedsverpflichtungen in den Grenzen des § 311_2. — Diese Nichtigkeits-Erklärung sollte man denn doch „Bestands-Erklärung" nennen!

Eine eigentliche Konstruktion ist dies überhaupt nicht, wie Staub[1] sehr gut bemerkt, sondern nur eine Erklärung, eine Denkform, um den schönen Ausdruck Gneist's zu gebrauchen. — Wie man sich diese Geltung nach außen bei innerem Nichtsein, besonders aber diese Erweckung vom Tode zum Leben durch eine Todeserklärung wirklich konstruieren mag, muß den Anhängern dieser Theorie überlassen bleiben.

Hinzuzufügen ist noch, daß die Vorschriften des Gesetzes über die Heilung (§ 310) und über die Vertretung der Gesellschaft in Nichtigkeits-Prozessen ꝛc. zu einer Durchbrechung der Theorie voller kinetischer Nichtigkeit nötigen (vgl. Staub Anmkg. 3 zu § 310, dem sich Makower, noch weitergehend, anschließt).

Die praktische Handhabung der Theorie ergiebt überdies höchst unerquickliche Zustände: Stellt sich ein Umstand heraus, der das Klagerecht auf Nichtigkeits-Erklärung begründet, so geht alles aus den Fugen. Es tritt der S. 27 geschilderte Zustand ein. Man wird sagen daß die Nichtigkeits-Erklärung diesem Zustande eben ein Ende bereite. Einmal kann dies evtl. sehr lange dauern, indem kein Klageberechtigter klagt. Denn für den Aktionär, der nicht gerade bei der Liquidation etwas herauszubekommen hat, begründet das Urteil ja nur Verpflichtungen. Die sogenannten Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder haben doch auch nur Unbequemlichkeiten von einer Liquidation. Dagegen aber, daß diese Zwischenzeit zu lange währt, würde ja wohl das Löschungsverfahren des FG. eine Abhülfe sein. Vor allem aber sind bei der erfolgenden Liquidation nun die Bücher schlecht geführt, vielleicht auch die Aktionär-Verzeichnisse nicht zu haben ꝛc. —

[1]) Staub selbst giebt aber auch kaum mehr, als eine feinere Motivierung dieser Theorie.

Hinweisen möchte ich noch auf die Schwierigkeiten, die einer Gesellschaft aus unbegründeten, evtl. dolosen Einreden seitens der Aktionäre leicht erwachsen würden.

Um die schlimmsten Konsequenzen, die praktisch unerträglich sind, zu vermeiden, müßte man an der Theorie modeln, und gewisse Vorstands- und Aufsichtsratspflichten irgendwie aufrecht erhalten.

Die vorstehenden Erörterungen führen zu folgendem Urteil:

Die Theorie hält sich keineswegs an die Regelung des Gesetzes, das die Nichtigkeits-Erklärung in den Vordergrund stellt. Vielmehr wendet sie sich, ohne sich mit den neuen Bestimmungen des Handesgesetzbuches erst unbefangen zu beschäftigen, zu rasch in die gewohnten Bahnen einer Nichtigkeit ohne Nichtigkeits-Erklärung. Die Theorie bietet eine eigentliche Konstruktion überhaupt nicht. Sie giebt hinsichtlich ihrer Schönheit und Einheitlichkeit sowie ihrer praktischen Brauchbarkeit zu schweren Bedenken Anlaß. — Und mehr kann man zu Ungunsten einer Theorie doch wohl nicht sagen.

Die zweite Theorie, die eine schon vorhandene, aber potentielle Nichtigkeit annimmt, hat vor der ersten manche Vorzüge: Einmal stimmt sie besser mit dem Gesetz überein. — Doch ist die Konstruktion auch hier eine schwierige. Die Nichtigkeits-Erklärung, welche die Gesellschaft für die ganze Vergangenheit wirksam nichtig macht, hält nach ihrer Eintragung dieselbe für den Liquidationszweck aufrecht! — Ferner bietet die Theorie praktisch den Vorteil eines gesicherten rechtlichen Bestandes der Gesellschaft bis zur Nichtigkeits-Erklärung. Aber dann wird sämtlichen Verhältnissen der Vergangenheit die Gültigkeit nachträglich genommen. Man muß dann mit den höchst unbequemen und unausreichenden Mitteln der un-

gerechtfertigten Bereicherung ꝛc. helfen. Man denke z. B. an die lange Jahre gezahlten Gehälter und Tantiemen der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder.

Diese Erwägungen führen zu einer Abweisung auch dieser Theorie.

Verfasser schließt sich der dritten Theorie an, nach welcher die Nichtigkeit erst durch das Urteil herbeigeführt wird. Dieselbe stimmt mit dem Gesetz überein. Im Übrigen hat sie folgende Vorzüge:

Die Konstruktion ist klar. Eine trotz eines Mangels einer „betreffenden" Bestimmung im Statut eingetragene Aktien-Gesellschaft bekommt mit der Eintragung Bestand. Sie ist nicht nichtig; sie lebt, wenn auch mit einem Fehler. Dieser kann tötlich wirken, wenn ein Aktionär, Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied den gerichtlichen Todesspruch erwirkt. Bis zum Urteil besteht die Gesellschaft unangetastet. Das Klagerecht auf Nichtigkeits-Erklärung ist das einzige Recht hinsichtlich des Bestandes der Gesellschaft, das ein solcher Mangel für die Gesellschaftsglieder begründet!! — Die erfolgende Nichtigkeits-Erklärung hebt ebensowenig wie eine Auflösung (vergl. Staub § 292I) die Gesellschaft einfach auf. Durch das rechtskräftige Urteil tritt vielmehr für kurze Zeit eine Hemmung des Lebens der Gesellschaft ein. Dann stirbt nach der Eintragung desselben die Gesellschaft in der Liquidation allmählich ab, wie eine aufgelöste Gesellschaft.

Diese Theorie ist auch von großer praktischer Brauchbarkeit. Es giebt nicht jene unhaltbaren Zwischenzustände, wie bei der ersten Theorie. Alle rechtlichen Verhältnisse sind bis zur Nichtigkeits-Erklärung auch nach innen fest begründet. Ebensowenig sind nachträglich die Rechtsverhältnisse antastbar. Gehaltszahlungen und Tantiemen an Vorstands- und Aufsichts-

ratsmitglieder, gemachte Einzahlungen ꝛc. bleiben zu Recht bestehen. — Dann tritt eine kurze Frist ein, in welcher der Gesellschaft die Fähigkeit frischer Lebensäußerung unterbunden ist. Aber sie bleibt rechtlich in beschränktem Maße, ebenso wie im Zustande der Liquidation, begründet. — Nach der Eintragung tritt regelrechte Liquidation ein. Für diese sind die Grundlagen geordneter Buchführung und Vermögensverwaltung gesichert.[1]

4. Die Folgen der Nichtigkeits-Erklärung im Einzelnen.

Jetzt wollen wir die Wirkungen der Nichtigkeits-Erklärung im Einzelnen behandeln.

Nach unserer Theorie treten solche für die Vergangenheit nicht nur nach außen (§ 311 2), sondern auch nach innen nicht ein.

---

[1]) Merkwürdig ist der Standpunkt Goldschmit's, dessen größeren Aufsatz bei Holdheim IX Nr. 7—9 Verfasser erst nach Vollendung dieser Arbeit kennen lernte. Er kommt (vgl. daselbst S. 182) zu dem guten Ergebnis, daß die sogenannte Nichtigkeitsklage nur dem Namen nach eine solche, thatsächlich eine Auflösungsklage sei. (Er vergißt freilich, daß er auf der vorhergehenden Seite eine kinetische Nichtigkeit anerkannt hat). Aber der Respekt vor der gesetzlichen Bezeichnung dieser Klage als Nichtigkeitsklage und vor den Motiven hindert ihn, die dogmatischen Konsequenzen dieser Erkenntnis zu ziehen. Er kommt zu folgendem merkwürdigen Ausweg: Da das Gesetz einmal die Klage als Nichtigkeitsklage behandelt (richtiger: bezeichnet), die thatsächlich eine Auflösungsklage ist, so ist die Gesellschaft thatsächlich doch nicht vorhanden, sondern nur fictione. — Daher wäre die Nichtigkeitsklage thatsächlich doch wieder keine Auflösungsklage. Abgesehen von der Unklarheit der Ausführung ist in solcher Argumentation doch eine Abhängigmachung der Dogmatik vom Gesetz und eine Verkennung von „Fiktion" und „Wesen" zu finden, die grundsätzlich zurückzuweisen ist. Überhaupt ist in der ausführlichen Abhandlung die dogmatisch-theoretische Seite für das neue Recht nicht eingehend behandelt.

Daß der Mangel einer „betreffenden" Bestimmung außer der Begründung der Nichtigkeitsklage rechtliche Wirkungen gegen den Bestand der Gesellschaft garnicht äußert, wurde schon gesagt. — Es bedarf hier aber einer Bemerkung: Wenn nämlich eine „betr." Bestimmung fehlt oder nichtig ist, so ist eine Lücke vorhanden. Diese hätte das Gesetz durch Subsidiär-Vorschriften ausfüllen können. Da solche aber nicht bestimmt sind, so werden auch vor der Nichtigkeits-Erklärung im Geschäftsgange der Gesellschaft kleinere oder größere Störungen durch das Fehlen oder die Nichtigkeit einer „betr." Bestimmung eintreten. Ob diese eintreten, liegt an den Gesellschaftsgliedern selbst. Es ist z. B. der Gegenstand des Unternehmens nicht bestimmt. In den meisten Fällen werden aber die Errichter sich über diesen klar gewesen sein. Einigen sich die Gesellschafter stillschweigend oder ausdrücklich darüber, so kommt trotz des Fehlens der Bestimmung ein Betrieb zu Stande. Ähnlich liegt der Fall, wenn z. B. die Bestimmung über die Form der Berufung der Generalversammlung nichtig ist. Dieselbe wird von dem Vorstande durch Einrücken in irgend welche größeren Blätter bewirkt. Wird darauf hin ein General-versammlungs-Beschluß gefaßt und bleibt derselbe unangefochten, so tritt eine Störung im Geschäftsgange nicht ein. — Im Anschluß hieran entsteht die Frage, ob eine solche faktische Gesellschaftsübung wie eine Statutbestimmung bindend werden könne. Giebt es eine Observanz einer Aktien-Gesellschaft? Aus rein logischen Erwägungen wäre hiergegen nichts einzuwenden. Warum soll nicht, wie der Staat, so die Aktien-Gesellschaft ihr formelles und unformelles Recht haben. Aber der Staat ist ein direktes Rechtsgebiet, wo das Recht gilt, was sich durchsetzt. Die Aktien-Gesellschaft ist ein abgeleitetes Rechtsgebiet, wo gilt, was der Staat gestattet. Und das deutsche

Recht gestattet keine Observanz, kein unformelles Recht bei den Aktien-Gesellschaften, wie sich aus dem Buch II Abschn. 3 des HGB. entnehmen läßt. Der einzige Weg, faktische Störungen im Gange der Gesellschaft dauernd zu beseitigen, ist derselbe, der rechtlich zur Sicherung ihres Bestandes führt, nämlich die formelle Ergänzung des Statuts im Wege der Heilung (siehe unten).

Das rechtskräftige, die Nichtigkeit aussprechende Urteil hemmt das Leben der Gesellschaft. Es tritt ein Vorstadium der Liquidation ein. Das Absterben der bestehenden Gesellschaft beginnt. Das rechtskräftige Urteil auf Nichtigkeit[1] wirkt nach § 273 Satz 1 mit § 309 Schlußsatz auch für und gegen alle Aktionäre, die nicht Partei sind. Es schafft also auch für diese Recht. Ihnen gegenüber ist die Gesellschaft hiermit dem Untergange verfallen, in ihren Lebensäußerungen gehemmt. Sie können zur Zeit stattfindende Generalversammlungs-Beschlüsse ohne Anfechtung als nicht vorhanden behandeln, ihre Einzahlungen zur Zeit verweigern ꝛc. Dies ist aber auch die ganze Wirkung des Urteils. Dasselbe hebt die Gesellschaft nicht auf. Es weiht dieselbe nur dem allmählichen Untergange. Noch immer giebt ein Mangel einer „betreffenden" Bestimmung im Statut außer dem benutzten Klagerecht auf Nichtigkeits-Erklärung den Gesellschaftsgliedern kein weiteres Recht hinsichtlich des Bestandes der Gesellschaft. Es handelt sich um eine bestehende, wenn auch absterbende Gesellschaft. — Auch gegen die Gesellschafter gilt das Urteil. Der Vorstand braucht z. B. eine Generalversammlung nicht einzuberufen, welche eine gemäß § 254$_1$ genügende Minderheit fordert. Ihm ist

[1]) Die Wirkung tritt beim abweisenden Urteil nicht ein, auch wenn es sich nicht um Abweisung wegen fehlender Klagelegitimation oder aus ähnlichen Gründen handelt.

die Geschäftsführungsmacht in dem bisherigen Umfange genommen.

Wie sind aber Geschäfte zu behandeln, die er nach rechtskräftig ausgesprochener Nichtigkeit ohne diese Geschäftsführungsmacht mit Dritten schließt?

Unrichtig wäre es m. E., dem Vorstand weiter unbeschränkte und mit Wirkung nach außen unbeschränkbare Vertretungsmacht beizulegen. Daneben würde Verantwortlichkeit nach innen wegen Überschreitung der Geschäftsführungsmacht bestehen. Denn der Staat greift auf Anrufen eines hierzu Berechtigten ein und hemmt das Leben der Gesellschaft. Die Durchführung dieses Spruches darf nicht lediglich durch eine Verantwortung nach innen gewährleistet werden. Das wäre durchaus ungenügend. Es handelt sich hier um einen die endgültige Auflösung vorbereitenden Zustand. In diesem sind m. E. ähnlich wie als Liquidatoren, die Vorstandsmitglieder auch in ihrer Vertretungsmacht beschränkt. Geschäftsführungs- wie Vertretungsmacht erstrecken sich nur auf die notwendigsten Verwaltungshandlungen. Für die Geltung ohne Vertretungsmacht abgeschlossener Geschäfte gilt Folgendes:

Man kann den nichtsahnenden Dritten nicht nach BGB. § 179 auf persönliche Haftung des, resp. der Handelnden verweisen. Vielmehr ist HGB. § 15 anzuwenden. Es macht m. E. nichts aus, daß man das Urteil einzureichen, nicht zur Eintragung anzumelden hat. Ebensowenig, daß die Eintragung wieder andere Folgen hat, als die Thatsache selbst. Demgemäß muß die Gesellschaft das Geschäft gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß dem Dritten die Rechtskraft des Nichtigkeits-Urteils bekannt war. Trotz Kenntnis des Dritten muß die Gesellschaft das Geschäft gegen sich gelten lassen, wenn derselbe bewiesenermaßen annehmen mußte, daß

es sich nur um eine Verwaltungs-Angelegenheit handelte. Vgl. Cosack S. 563 oben (mit Beleg). — Dem Dritten bleibt in diesen Fällen stets freie Hand, den resp. die Handelnden persönlich nach BGB. § 179 in Anspruch zu nehmen. Mehrere Handelnde haften wohl solidarisch.

Die ganzen Fragen sind freilich praktisch nicht sehr wichtig. Denn die in Frage kommende Zeit ist eine sehr kurze.[1] Bestimmt doch § 273 mit § 309 Schlußsatz, daß unverzüglich, d. h. ohne schuldhaftes Zögern (BGB. § 121) das (scilicet rechtskräftige) Urteil vom Vorstande zum Handelsregister einzureichen ist. Dasselbe ist nicht zur Eintragung anzumelden. Das Gericht hat aber in entsprechender Anwendung des § 273 1 Satz 3 die Eintragung stets zu bewirken. Denn das Urteil ist gerichtet gegen den Bestand der Gesellschaft, welcher durch ihre Eintragung herbeigeführt und bezeugt ist. Der Eintrag ist in derselben Weise, wie die Eintragung der Gesellschaft zu veröffentlichen. Die Veröffentlichung hat also in den Registerblättern zu erfolgen mit der Bekanntmachung, daß von dem Urteil bei dem Gericht Einsicht genommen werden könne (vgl. HGB. § 199 2).

Während nach dem eben Ausgeführten das Urteil einzutragen ist, spricht die im II. Entwurf verbesserte (?) Fassung des § 311 HGB. von einer Eintragung der Nichtigkeit der Gesellschaft. Für welche Vorschrift der Gesellschaft soll man sich entscheiden?

---

[1]) Das Gesetz hätte wohl besser gethan, die Fassung des Entwurf I beizubehalten. Nach ihr gelten die Vorschriften der Auflösung auch schon von der Rechtskraft des Urteils an. Die jetzt bestehende Uneinheitlichkeit des Wirkungszeitpunktes ist für eine jede Theorie recht unbequem. Makower z. B. sucht sie contra legem zu beseitigen.

M. E. handelt es sich hier nicht wie im Löschungsverfahren des FG. um eine selbständige Thätigkeit des Registerrichters. Vielmehr folgt derselbe hier nur dem Urteil des Prozeßrichters. Dieser Anschauung wie der Gestaltung der Nichtigkeits-Erklärung als prozessuales Urteil entspricht eine Eintragung des Urteils besser, als eine Eintragung der Nichtigkeit. Ich entscheide mich daher für ein Durchgreifen der Bestimmung des § 273. — Die Verfügung des preußischen Justizministers über die Führung des Handelsregisters[1] ordnet freilich in § 34 hier wie im Löschungsverfahren des FG. die Eintragung eines Vermerkes an, der die Gesellschaft als nichtig bezeichnet. Aber dieselbe Verfügung läßt im § 33 auch das Beschluß-Nichtigkeits-Urteil dadurch eintragen, daß in einem Vermerk der Beschluß als nichtig bezeichnet wird. So geschickt diese Wendung auch ist, stimmt dies doch sicher mit dem § 273 nicht überein. Es führt freilich die Verfügung durch diese Anordnungen Einheitlichkeit der Eintragungen der Urteile des Prozeßgerichts und der Verfügungen des Registergerichts herbei. Aber weshalb soll man die Verschiedenheit der Wege nicht durch Verschiedenheit der Eintragungen erkennen lassen!

Im Übrigen ist die Frage nicht von großer Bedeutung.

Ist das Urteil in das Handelsregister eingetragen, so hört der Vorzustand auf. Es tritt das Absterben ein.

Zum Zwecke der Abwickelung der Verhältnisse der Gesellschaft finden die für den Fall der Auflösung geltenden Vorschriften entsprechende Anwendung (§ 311$_1$). Dieselben gelten also nur, insoweit sie dem Abwickelungszwecke dienen und mit den Maßgaben, welche die etwas andersartige Sachlage bei der Nichtigkeitserklärung erfordert. Die Gesellschafter haben

[1]) Die Verfügung ist abgedruckt in Makower Bd. 3 (Nebengesetze).

die versprochenen Einzahlungen zu leisten, soweit es zur Erfüllung der eingegangenen Verbindlichkeiten erforderlich ist (§ 311₃). Unter die eingegangenen Verbindlichkeiten fallen auch die nach BGB. § 31 durch Haftung für Gesellschaftsvertreter entstandenen.[1]

Die einzelnen Vorschriften für den Fall der Auflösung an dieser Stelle zu besprechen, kann nicht unsere Aufgabe sein. Wir haben uns vielmehr auf die Feststellung zu beschränken, ob und mit welchen Änderungen dieselben für den Fall der Nichtigkeits-Erklärung gelten:

Der § 293 über die Anmeldung der Auflösung zum Handelsregister gehört nicht zu den Abwickelungsvorschriften und ist nicht anzuwenden.

Der § 294 ist entsprechend anzuwenden und lautet dann:

Nach der Eintragung des Urteils findet die Liquidation statt. Bis zur Beendigung der Liquidation kommen die Vorschriften der vorausgehenden Titel zur Anwendung, soweit sich nicht aus diesem Titel und aus dem Zwecke der Liquidation ein anderes ergiebt.

Die §§ 295—302 gelten mit allen Verweisungen unverändert fort.

Die §§ 303—306 können nur in Frage kommen, soweit sie die Verwertung des Vermögens im ganzen nach erfolgter Auflösung betreffen. Doch ist auch in diesem Umfange ihre entsprechende Anwendung zweifelhaft. Der Vermögensübergang mittels Universalsuccession ohne Liquidation (§ 304/5, 6) bringt eine Fortdauer von Gesellschafts-

[1]) Das Prinzip des § 31 BGB. ist m. E. für alle rechtsfähigen Vereine anwendbar. Bezüglich Entstehung und Beendigung aber ist die Akt.-Ges. von den Vorschriften des BGB. über die rechtsfähigen Vereine durch das HGB vollkommen eximiert.

verhältnissen mit sich. Diese Fortdauer ist mit dem Wesen der Nichtigkeits-Erklärung als eines Todesspruches kaum vereinbar. Damit entfällt zugleich die Anwendung des § 308. — Jedoch ist nichts einzuwenden gegen die Vermögensveräußerung im Ganzen mit Übertragung im Wege der Singularsuccession nach erfolgter Liquidation (§ 303). Denn diese Art der Versilberung des Vermögens unterscheidet sich nur durch den Modus des Verkaufs von der gewöhnlichen.

Der § 307, welcher eine aufgelöste Aktien-Gesellschaft wieder voll ins Leben treten läßt, findet keine Anwendung. Denn diese für einige besondere Auflösungsfälle gegebene Regelung ist mit dem Wesen der Nichtigkeits-Erkärung nicht vereinbar, dient auch nicht dem im § 311 betonten Abwickelungszwecke.

Der § 207_2 mit 208 der Konkursordnung finden Anwendung.

Noch ein Punkt bedarf der Erwägung: Wie während vollen Bestandes der Aktien-Gesellschaft können selbstverständlich auch im Stadium der Liquidation durch Fehlen oder Nichtigkeit einer „betr." Bestimmung Störungen im Geschäftsgange der Gesellschaft eintreten. Diese dürfen aber hier nicht vorkommen. Denn es handelt sich darum, die Aktien-Gesellschaft ihrem Ende zuzuführen, sie gleichsam abzuräumen. Da auf Anrufen ein staatliches Eingreifen den Untergang der Gesellschaft herbeiführt, kann auch dem guten Willen der Gesellschaftsglieder allein die Vermeidung von Störungen nicht überlassen bleiben. Vielmehr wird, wenn solche zu befürchten sind, auf Antrag des Vorstandes resp. der Liquidatoren, des Aufsichtsrats oder der im § 295 bezeichneten Minorität von Aktionären das Gericht dann mit Bestimmungen eingreifen. Dasselbe wird hierbei die bisherige Übung der Gesellschaft zu

berücksichtigen haben. Um Störungen durch das Fehlen oder die Nichtigkeit der Bestimmung über die Form der Berufung der Generalversammung zu vermeiden, wird man den Satz 2 des § 310 auch für die Liquidation anwenden. Darnach hätte dann die Berufung durch Bekanntmachung in den Registerblättern zu erfolgen.

5. Die nachträgliche Beseitigung der das Klagerecht auf Nichtigkeits-Erklärung begründenden Umstände.

Wir haben zuerst die Umstände dargelegt, die zur Nichtigkeits-Erklärung führen, dann den Weg zur Nichtigkeits-Erklärung, ihr Wesen und ihre Folgen behandelt. Es erübrigt noch darüber zu sprechen, wie ein das Klagerecht auf Nichtigkeits-Erklärung begründender Umstand nachträglich beseitigt wird.

Nach § 310 kann nämlich ein „Mangel, das Fehlen oder die Nichtigkeit, einer jeden betreffenden Bestimmung von zweien abgesehen geheilt werden." Die Heilung erfolgt durch einen Generalversammlungs-Beschluß, für den gewisse Erfordernisse aufgestellt sind. Die ausgenommenen zwei Bestimmungen betreffen die Höhe des Grundkapitals um diejenige der einzelnen Aktien.

Unter „Mangel" im Sinne dieses Paragraphen ist nicht die sekundäre Nichtigkeit zu verstehen. Sonst wäre der Paragraph ja hinfällig. Denn bei Fehlen oder spezieller Nichtigkeit einer „betr." Bestimmung sind stets zugleich alle übrigen „betr." Bestimmungen, also auch die zwei ausgenommenen sekundär nichtig. — Mit Heilung des Fehlens oder der speziellen Nichtigkeit einer „betr." Bestimmung ist zugleich diese sekundäre Nichtigkeit der übrigen geheilt.

Demnach ist nur bei Fehlen oder spezieller Nichtigkeit einer der beiden ausgenommenen Bestimmungen oder bei primärer Nichtigkeit sämtlicher, damit natürlich auch der beiden ausgenommenen „betr." Bestimmungen die Gesellschaft der Gefahr der Nichtigkeitsklage ohne Rettung gegenübergestellt. In allen übrigen Fällen kann Heilung erfolgen.

Bevor wir auf die Erfordernisse des Heilungs-Beschlusses eingehen, haben wir noch eines Falles zu gedenken. Ein Generalversammlungsbeschluß kann doch mit Sicherheit nicht zu Stande kommen, wenn die Bestimmung über die Form der Berufung der Generalversammlung fehlt oder nichtig ist. Deshalb ordnet § 310 Satz 2 an, daß die Berufung für diesen Fall durch Einrückung in diejenigen Blätter erfolgt, welche für die Bekanntmachungen der Registereintragungen am Sitze der Gesellschaft bestimmt sind. Es ist also die Berufung in den Reichsanzeiger und die nach § 11 bezeichneten Blätter (mindestens muß dies eins sein) einzurücken (§ 10).[1]

Nunmehr gelangen wir zur Betrachtung des Heilungsbeschlusses. Derselbe muß entsprechen den Vorschriften des Gesetzbuches über eine Änderung des Gesellschaftsvertrages (§ 310). Diese Fassung ist nicht glücklich. Denn den Heilungsbeschluß kann man nicht mit der Änderung des Gesellschaftsvertrages auf die gleiche Stufe stellen, sondern nur mit dem Änderungs-*Beschlusse*. Hier liegt ein logischer Fehler. Nach welcher Seite soll man korrigieren? Soll man sagen: der Beschluß muß entsprechen den Vorschriften über einen *Beschluß* auf Statutenänderung? oder soll man sagen: die

[1]) Zur Heilung eines Mangels der Bestimmung über die Form der Berufung der General-Versammlung forderte noch der Entwurf I einstimmigen Beschluß der Gesellschafter. Der Vorentwurf forderte einen solchen außerdem noch zur Heilung eines Mangels, der die Bestimmung über den Gegenstand des Unternehmens betraf.

Heilung muß entsprechen den Vorschriften über eine Statutenänderung? Der Unterschied der Auffassung liegt in der Nichtanwendung oder Anwendung des § 277, vor allem des § 277 Abs. 3, ob der Heilungsbeschluß wirksam ist mit seinem Zustandekommen oder erst mit der Eintragung. — Die erste Regelung scheint mir den Worten des Paragraphen eher zu entsprechen. — Ebenfalls nach dem Wortlaut des Paragraphen näherliegend ist die Annahme, daß der Beschluß den allgemeinen Vorschriften über eine Statutenänderung entsprechen soll, nicht den jedesmal für eine Änderung der zu entmängelnden Bestimmung getroffenen. Damit entfällt vor allem die Anwendung des § 275_2 auf einen Beschluß zur Heilung eines Mangels der Bestimmung über den Gegenstand des Unternehmens.

Demnach ergiebt § 310 eine Abänderung der gewöhnlichen Vorschriften über Generalversammlungsbeschlüsse (§§ 255, 256, 259 ꝛc.) beim Heilungsbeschluß nur in folgenden Punkten:

1. es muß nach § 274_2 eine präzisere Ankündigung bei Berufung der Generalversammlung erfolgen;
2. es ist erforderlich eine in Ermangelung anderer, leichterer oder schwererer, Bestimmungen des Statuts mindestens drei Viertel des vertretenen Grundkapitals umfassende Mehrheit.

Jetzt ist noch folgende Frage zu beantworten. Wenn, was allerdings kaum vorkommen wird, eine der nach § 198_1 einzutragenden Bestimmungen fehlte, wie kommt eine durch Heilungsbeschluß getroffene Ergänzung zur Eintragung?

Eine beglaubigte Abschrift des Protokolls über die Heilungsverhandlung mit einem dem § 259_2 entsprechenden Inhalt ist nach § 259_5 vom Vorstande unverzüglich nach der General-Versammlung zum Handelsregister einzureichen. Diesen Beschluß

hat das Registergericht m. E. als eine nachträgliche Anlage zur Anmeldung der Gesellschaft zum Handelsregister aufzufassen (vgl. § 195$_2$ Nr. 1). Demgemäß hat der Richter nachträgliche Bestimmungen über die Firma, den Sitz und den Gegenstand des Unternehmens einzutragen (§ 198$_1$), sowie zu veröffentlichen (§ 199). — Bei den übrigen nicht einzutragenden Bestimmungen ist außer der Veröffentlichung (§ 199) Bezugnahme auf das Protokoll durch einen Vermerk (analog § 277$_2$) erforderlich.

Die Wirkung der Heilung ist bei unserer Theorie von der konstitutiven Nichtigkeits-Erklärung sehr einfach: Mit der Beseitigung des Mangels einer „betreffenden" Bestimmung hört die Begründung des Klagerechts auf Nichtigkeits-Erklärung auf. Die Bedingungen des Klagerechts werden jetzt nicht mehr erfüllt. Außerdem sind nunmehr alle Störungen im Geschäftsgange der Gesellschaft durch das Fehlen oder die Nichtigkeit dieser Bestimmung für immer ausgeschlossen.

Anhang. Die Löschung einer Aktien-Gesellschaft als nichtig nach dem FG.

Dieselben Umstände, die das Klagerecht auf Nichtigkeits-Erklärung begründen, können auch auf eine andere Weise die Gesellschaft zum Untergange bringen. Es ist deshalb unmöglich, die Nichtigkeits-Erklärung zu behandeln, ohne diesen im FG. §§ 143—144 gegebenen Weg zu betrachten. Denn die eigentliche Bedeutung der Nichtigkeits-Erklärung trete sonst nicht klar hervor. Andererseits handelt es sich um etwas anders geartete Wirkungen derselben Ursachen. Es soll hier indeß nur insoweit auf das FG. eingegangen werden, als es von diesem Gesichtspunkte aus interessiert.

Nach §§ 142—143 FG. kann eine jede Eintragung in das Handelsregister, die wegen Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig war, vom Registergericht oder dem übergeordneten Landgericht von Amtswegen gelöscht werden. Das Verfahren ist in den §§ 142—143 näher geregelt. Dieses Prinzip verläßt § 144 FG. hinsichtlich der eingetragenen Aktien-Gesellschaft:

‚Eine in das Handelsregister eingetragene Aktien-Gesellschaft kann gemäß den Vorschriften der §§ 142/43 FG. als nichtig gelöscht werden, wenn die Voraussetzungen vorliegen, unter denen nach HGB. §§ 309/310 die Nichtigkeitsklage erhoben werden kann.‘

Die Nichtigkeitsklage kann erhoben werden, wenn ein Thatbestand des § 309 HGB. vorliegt. Er darf nicht nach § 310 HGB. beseitigt sein.

Unter diesen Voraussetzungen kann auch Löschung eintreten.

Das Verfahren ist das Folgende:

Das Registergericht (dies ist ein Amtsgericht. Vgl. FG. § 125) oder das übergeordnete Landgericht (und zwar die Kammer für Handelssachen, wenn eine solche an demselben besteht) beabsichtigt die Löschung der Gesellschaft. Es kann dies geschehen, weil es selbst den Mangel der Gesellschaft bemerkt hat, oder weil es von einem Gesellschaftsgliede oder einem Dritten darauf aufmerksam gemacht ist. Dann hat das Gericht die Aktien-Gesellschaft, d. h. den Vorstand[1] derselben, von dieser Absicht zu benachrichtigen. Zugleich hat es demselben eine mindestens dreimonatliche Frist zu setzen und in Preußen nach einer guten Vorschrift des Justizministers (§ 34 der oben

[1]) Es genügt nicht die Benachrichtigung eines Vorstandsmitgliedes wie bei Abgabe von Willenserklärungen (HGB. § 232_1 am Ende). Denn es handelt sich hier um gerichtliches Verfahren.

Seite 36 erwähnten Verfügung) bei heilbaren Mängeln auf die Heilungsmöglichkeit ausdrücklich hinzuweisen. Erhebt die Gesellschaft Widerspruch (können dies als „Beteiligte" auch andere thun?), so entscheidet über denselben das Gericht. Gegen die zurückweisende Verfügung des Registergerichts geht die sofortige Beschwerde an das Landgericht und evtl. (FG. § 27) sofortige (FG. § 29_2) weitere Beschwerde an das Oberlandesgericht, resp. das landesrechtlich nach FG. § 199_1 bestimmte Gericht. Dieses hat nach Maßgabe des § 28_2 FG. die Beschwerde dem Reichsgericht zur Entscheidung vorzulegen. — Gegen die abweisende Verfügung des Landgerichts geht die sofortige Beschwerde an das Oberlandesgericht resp. das nach FG. § 199_1 landesrechtlich bestimmte Gericht (§ 199_2 FG.). Dieses hat, obwohl es sich um eine erste Beschwerde handelt, dieselbe nach § 28_2 in entsprechender Anwendung dem Reichsgericht zur Entscheidung vorzulegen. Weitere Beschwerde findet nicht statt. Der Instanzenzug ist ja auch evtl. erschöpft.

Hat eine Heilung nicht stattgefunden, ist ein Widerspruch nicht erhoben oder der erhobene rechtskräftig zurückgewiesen, so *darf* die Löschung erfolgen. Dieselbe geschieht durch Eintragung eines Vermerkes, in Preußen eines solchen, der die Gesellschaft als nichtig bezeichnet.

Zu bemerken ist, daß dieses Verfahren kein Antragsverfahren ist, sondern ein Offizialverfahren. Der Richter ist ferner nicht gezwungen, bei Vorliegen der Voraussetzungen zur Löschung zu schreiten, sondern es liegt in seinem Belieben Selbst nach widerspruchslosem Ablauf der Frist und Nichterfolg der Heilung ist er zur Löschung nicht gezwungen. Dieselbe liegt immer noch in seinem — natürlich durch die Amtspflicht gebundenen — Belieben. Er könnte also, wenn er dies aus besonderen Um-

ständen für angemessen erachtet, auch dann noch von der Löschung abstehen.

Zur Konstruktion des vorstehenden Verfahrens sei Folgendes bemerkt:

Die eingetragene Gesellschaft besteht. Die Löschung ist die einzige Handhabe gegen den Bestand der Gesellschaft, die dem Registerrichter das Fehlen oder die Nichtigkeit einer „betreffenden" Bestimmung bietet. Er darf z. B. nicht auf einen solchen Mangel hin die Eintragung von Generalversammlungs-Beschlüssen verweigern. Nur wenn durch solche Lücken im Statut Unregelmäßigkeiten entstanden sind, die er als mit dem Gesetz oder dem Statut unvereinbar erachten muß, ist er von Fall zu Fall zu derartigen Handlungen ermächtigt.

Der § 144 ist nur als eine andere Tötungsart der Gesellschaft aufzufassen. Dieselbe erfolgt aus den gleichen Ursachen wie die Nichtigkeits-Erklärung und hat die gleichen oben geschilderten Wirkungen.

Schlußwort: Theoretisches Ergebnis.

Aus den gewonnenen Resultaten ergiebt sich, daß nach neuem deutschen Handelsrechte eine Aktien-Gesellschaft trotz wesentlicher Mängel im Gründungshergange mit der Eintragung zur Entstehung gelangt. Die Aktien-Gesellschaft nimmt darin eine durchaus andere Stellung ein als im allgemeinen rechtsgeschäftlich zu begründende Rechtsinstitute nach bürgerlichem Recht.[1] Insoweit stimmt die Theorie nach neuem Handelsgesetzbuche mit derjenigen überein, welche die höchsten Gerichte für das

[1]) Ganz anders Pinner, Makower, sowie Gierke, auch Goldschmit, der im § 6 seines cit. Aufsatzes die wichtigsten vertretenen Meinungen erörtert.

alte Recht aufstellten.[1] — Aber die entstandene Aktien-Gesellschaft kann — auch hierfür finden sich bereits in der unübersichtlichen Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts Bd. XX S. 278 ff. Anfänge — unter Umständen wieder beseitigt werden. Die Mängel im Gründungshergang, auf Grund deren eine solche Beseitigung erfolgen kann, sind im § 309 (mit § 310) HGB. aufgezählt. Daß Mängel, die sich nicht in Gemäßheit der obigen Ausführung des ersten Teils[2] als Fehlen oder Nichtigkeit einer „betreffenden" Bestimmung im Statute darstellen, (z. B. Fehlen der Gründungsprüfung, des Aufsichtsrats, Mangel an der Einzahlung ꝛc.) den Bestand der eingetragenen Gesellschaft in Frage zu stellen, nicht im Stande sind, ist nach unserer Theorie leicht ersichtlich:[3] Kommt eine Aktien-Gesellschaft trotz Mängel des Gründungshergangs mit der Eintragung stets zu Stande, so steht Nichtigkeit der Gesellschaft wegen eines nicht im § 309 HGB. erwähnten Mangels im Gründungshergange nicht in Frage. Eine im Gegensatz zu den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts zu stande gekommene Gesellschaft aber zu beseitigen, bedarf es positiver Vorschrift des Gesetzes. Diese ist in den §§ 309—11 HGB. und §§ 144, 142—43 FG. erfolgt und nur soweit diese Paragraphen dieselben gewähren, sind diese außerordentlichen Mittel zulässig. Übrigens ist auch meines Wissens nie behauptet worden, daß eine Klage auf Nichtigkeits-Erklärung oder eine Löschung nach § 144 FG. aus anderen

---

[1]) Vgl. Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts Bd. VII S. 242—43. Bd. XVI S. 357—58; Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. V S. 77—78.

[2]) In demselben sind übrigens alle einzelnen Fälle nicht erschöpft.

[3]) Zu demselben Resultate gelangen Lehmann, Staub und andere, auch Dernburg in der eben erschienenen zweiten Lieferung des ersten Bandes seines Privatrechts. S. 241.

als den im § 309 (mit § 310) HGB. angegebenen Gründen statthaft sei. — Hinsichtlich der Mängel, wegen derer eine Aktien-Gesellschaft nachträglich beseitigt werden kann, ist eine Verwandschaft der neuen Theorie mit der bisherigen K. Lehmanns in seinem cit. Aufsatze, der sicher auch auf die Entstehung der neuen Paragraphen eingewirkt hat, ersichtlich. Die Punkte, die Lehmann als wesentliche aus den unwesentlichen im Gründungshergange schied und deren Verletzung nach seiner Theorie trotz der Eintragung die Gesellschaft nicht zum Entstehen kommen ließ, sind fast die nämlichen, deren Verletzung nach neuem Recht die mit der Eintragung stets entstehende Gesellschaft wieder zu beseitigen vermag. Nur ist in Auslegung des Gesetzes, das von den Mängeln im Gesellschaftsvertrage, d. h. m. E. im Statute ausgeht, auf den Konstituierungsakt, d. h. nach meiner Auffassung den Errichtungsbeschluß abzustellen, nicht auf den Urgründungsakt, wie Lehmann es that.

Die Theorie nach neuem Handelsgesetzbuche steht also zwischen der bisherigen der höchsten Gerichte und der K. Lehmanns. Mit der ersteren hat sie gemeinsam die konstitutive Kraft der Eintragung. Aber die nach der Lehmannschen Theorie zur Entstehung der Aktien-Gesellschaft durch die Eintragung wesentlichen Punkte haben eine hervorragende Stellung insoweit behalten, als sie im wesentlichen es sind, deren Mangelhaftigkeit zur Beseitigung der eingetragenen Aktien-Gesellschaft führen kann.

Schluß:

Kritik der behandelten Bestimmungen.

Wir wollen die Materie nicht ohne ein Wort der Kritik verlassen.

Es soll nicht geleugnet werden, daß die Regelung im Gesetze der Theorie für die Frage der Nichtigkeit einer Aktien-Gesellschaft eine Grundlage giebt, die ihr vorher fehlte. Die Gründe, die den Bestand einer Aktien-Gesellschaft beeinträchtigen, sind klargestellt. Insbesondere aber sind Art und Folgen der Geltendmachung dieser Mängel bestimmt. Daß diese Lücken ausgefüllt sind und wie sie ausgefüllt sind, ist theoretisch sicher ein Fortschritt. Auch die Statuierung einer Heilungsmöglichkeit ist freudig zu begrüßen.

Freilich ist die Regelung durch die verschiedenen Wirkungszeitpunkte im § 273 und im § 311 1, durch keineswegs klare Bestimmungen im § 311 und § 310, redaktorisch betrachtet, nicht glücklich.

Ein praktisches Bedürfnis nach dieser Regelung war aber nicht vorhanden. So vor allen Staub, Rießer, auch Düringer. Daß insbesondere die den Bestand der Gesellschaft angreifenden Mängel durchaus keine praktischen Fälle sind, wird man aus den obigen Ausführungen des ersten Teiles ersehen. Irgend in Frage kommen kann überhaupt nur die Nichtigkeit einer Statutbestimmung; denn das Fehlen

wird dem Registerrichter nicht entgehen. Auch die Nichtigkeit aber einer „betreffenden" Bestimmung ist in Folge der gerichtlichen und notariellen Verhandlung für formelle und inhaltliche Gründe ziemlich ausgeschlossen. Ein Willensmangel als Nichtigkeitsgrund wird auch sehr selten vorkommen.[1]

Mit dem Wenigen aber, was die Paragraphen dem praktischen Bedürfnisse bieten, bergen sie nicht geringe Gefahren. Sie geben zur Erschütterung fehlerfreier Gesellschaften einen Anhalt und locken zum Hervorsuchen von Mängeln bei Gesellschaften, die ruhigen Bestand verdienten. Die Vorschläge von Munk, Rießer, wohl auch Düringer in der Kritik-Kommission, durch eine Reihe subsidiärer Statutbestimmungen etwaige Lücken im Statute auszufüllen, wären größerer Beachtung wert gewesen.

Mir scheinen die Vorschriften trotz manches Guten keine besonders glückliche Neuerung zu sein. Ihren wahren Wert muß die Zukunft lehren.

---

[1]) Die große praktische Bedeutung dieser Fragen im ausländischen, besonders französischen Rechtsleben ist für das deutsche nicht maßgebend. Giebt es doch in Frankreich z. B. kein Registergericht als Kontrolle.

Über die Behandlung dieser Materie in ausländischen Rechten und die ausländische Literatur orientiert K. Lehmann, Recht der Aktien-Gesellschaften Bd. 1, §§ 38—39. Man vergleiche auch die neuesten Erörterungen zur englischen Aktiennovelle, besonders Schirrmeister: Die englische Aktiennovelle, Berlin 1901, auch den Bericht der italienischen Subkommission zur Revision des Gesellschaftsrechtes (übersetzt von Holdheim in seiner Zeitschrift Bd. V).

Literatur-Verzeichnis.

Zum alten Rechte.

K. Lehmann, Gründungsmängel und Eintragung der Aktien-Gesellschaft in Ihering's Jahrbüchern Bd. 33, S. 389 ff.

Ring, das Reichsgesetz, betr. die Kommandit-Ges. a. Aktien und die Aktienges. II. Aufl. zu § 211.

Staub, Kommentar z. Allg. deutschen Handelsgesetzbuch, III. u. IV. Aufl.

Wiener, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 34, S. 489.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, Bd. VII, S. 242—43, XVI. S. 357—58, XX. S. 278 ff.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen, Bd. V, S. 77—78.

I. Zum Vorentwurf (mit Denkschrift). Derselbe ist nicht veröffentlicht.

Esser bei Holdheim, Monatsschrift für Aktienrecht und Bankwesen, Bd. V, S. 72.

Rießer in der Deutschen Juristen-Zeitung (D. J.-Z.). Bd. I, S. 155—156.

II. Zum Entwurf I (§§ 281—283) mit Denkschrift (S. 168—170).

Verhandlungen des 23. Deutschen Handelstages. S. 45; Teil 2, S. 30; Teil 3, S. 11.

Verhandlungen des 13. Deutschen Anwaltstages, S. 49, 62.

Düringer, bei Holdheim, Bd. VI, S. 46—49.

Eßer, „ „ Bd. V, S. 292, (ein Referat)

Gierke, in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (G.-Z.) Bd. 45, S. 502.

Holdheim, bei Holdheim Bd. V, S. 296.

K. Lehmann, im Archiv für zivilistische Praxis, Bd. 86, S. 316—317, 326—327.

Lubszynski, das neue Handelsgesetzbuch, S. 45.

Munk, in Gruchot's Beiträgen, Bd. 40, S. 736 ff.

Ring, in der Deutschen Juristen-Zeitung, Bd. I, S. 411—412.

Simon, in seinen und Makower's Beiträgen zur Kritik des Entwurfs eines neuen Handelsgesetzbuches, S. 45.

III. Zum Entwurf II (§§ 300—302) mit Denkschrift (S. 333).

Bericht der Reichstags-Kommission bei Hahn u. Mugdan, Materialien. Bd. VI, S. 615.

Gierke, der Entwurf des neuen Handelsgesetzbuches, S. 29.

IV. Zum Handelsgesetzbuch.

I. Kommentare zum ganzen Handelsgesetzbuch.

Litthauer, das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Guttentag.

Makower, Kommentar zum neuen Handelsgesetzbuch.

Staub, „ „ „ „

II. Kommentare zum HGB. Buch II, Absch. 3 (und 4) und Darstellungen des Aktienrechts.

Alexander-Katz u. Dyrhenfurt, die Aktien-Gesellschaft unter dem neuen Aktien-Gesetz.

R. u. F. Eßer, die Aktien-Gesellschaft nach den Vorschriften des Handelsgesetzbuches vom 10. Mai 1897.

Keyßner u. Simon, bei Guttentag, 1900.

K. Lehmann, das Recht der Aktien-Gesellschaften, Bd. 1.

Merzbacher, bei Beck, 1900.

Pinner, das Aktienrecht.

Rießer, die Neuerungen im Deutschen Aktienrecht.

III. Lehrbücher.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts IV. Auflage. (die V. Auflage ist nicht verändert).

H. O. Lehmann, das Handelsrecht in Birkmeyer's Encyclopädie,

nachträglich R. Goldschmit, die Nichtigkeit einer Aktien-Gesellschaft bei Holdheim Bd. IX, S. 158—168, 178—189.

V. Zum Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. (FG.)

Düringer u. Hachenburg, Kommentar z. Handels-Gesetzbuch Lfg. I.

Jastrow, bei Guttentag 1898.

VI. Varia. Dernburg, das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs u. Preußens, Bd. I, S. 241.

K. Lehmann, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 49, S. 358 u. 645.

K. Lehmann, das Handelsgesetzbuch in alter und neuer Fassung bei Buchka, Lehmann u. Ötker.

Ring, im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 13, S. 383.

Schefold, im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 87, S. 453.